

# Het zwaard van Damocles hangt boven de insolventieprocedures zoals we ze kennen: na de pre-pack (“Estro”), ook de overdracht onder gerechtelijk gezag (“Echo”)?

Arbeidshof stelt prejudiciële vraag over de verenigbaarheid van artikel 61, §3 WCO met Europese richtlijn 2001/23/EG

In een recent arrest (Arbh. 14 augustus 2017, 2016/AH/191, onuitg.) heeft het Arbeidshof Antwerpen, afdeling Hasselt de volgende prejudiciële vraag aan het Europees Hof van Justitie gesteld:

“Is het keuzerecht voor de overnemer uit artikel 61 §4 (thans artikel 61 §3) van de Belgische Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (WCO-wet), als onderdeel van Hoofdstuk 4 van Titel 4 van deze wet waarbij de ‘gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag’ wordt geregeld, in de mate dat deze ‘gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag’ is aangewend met het oog op het behoud van een geheel of een gedeelte van de vervreemder of van zijn activiteiten, in overeenstemming met de Europese Richtlijn 2001/23/EG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, in het bijzonder met de artikelen 3 en 5 van deze richtlijn?”

Die vraag kwam er naar aanleiding van een overdracht onder gerechtelijk gezag van NV Echo door NV Prefaco op 22 april 2013. NV Prefaco nam ongeveer twee derden van het totale personeelsbestand van NV Echo over, zijnde 164 werknemers. Een werkneemster die niet werd overgenomen, stelde NV Prefaco in gebreke om haar tewerk te stellen.

NV Prefaco verweerde zich door te verwijzen naar artikel 61, §4 (thans artikel 61 §3) WCO, dat aan de overnemer het recht geeft om te kiezen welke werknemers hij wenst over te nemen en welke niet, voor zover (i) dergelijke keuze wordt bepaald door technische, economische of organisatorische redenen én (ii) voor zover er geen sprake is van verboden differentiatie.

De werkneemster betwistte echter niet dat NV Prefaco zich bij haar keuze heeft laten leiden door technische, economische of organisatorische redenen en evenmin dat NV Prefaco een verboden differentiatie zou hebben toegepast. Zij stelt daarentegen wel dat de keuzemogelijkheid van artikel 61 §4 (thans artikel 61 §3) WCO indruist tegen de bepalingen van de Europese richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001, en i.h.b. artikel 3 van die richtlijn.

Immers, krachtens artikel 3 van die richtlijn gaan de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, door deze overgang over op de verkrijger. Bijgevolg is de werkneemster van oordeel dat ook haar arbeidsovereenkomst met NV Echo is overgegaan op NV Prefaco, ook al behoorde zij niet tot de 164 personeelsleden van wie NV Prefaco de arbeidsovereenkomst overnam.

Het arbeidshof gaat vervolgens na of artikel 3 van de Europese richtlijn 2001/23/EG van toepassing kan zijn. Het Hof stelt daarbij vast dat een (i) overdracht onder gerechtelijk gezag een “overgang” is, (ii) het “*tijdstip van de overgang*” 22 april 2013 is en (iii) de werkneemster “*op het tijdstip van de overgang door een arbeidsovereenkomst*” met NV Echo (de vervreemder) was verbonden. Bovendien stelden de gerechtsmandatarissen die aangesteld waren om de overdracht onder gerechtelijk gezag te verwezenlijken, in hun ontslagbrief expliciet dat de overgang tussen NV Echo en NV Prefaco de uitlokkende factor was voor de contractbreuk. Bijgevolg is het Arbeidshof van oordeel dat artikel 3 van de Europese richtlijn 2001/23/EG in beginsel van toepassing is. De rechten en verplichtingen van NV Echo, m.i.v. de bewuste arbeidsovereenkomst, dienden m.a.w. over te gaan op NV Prefaco.

De Belgische Staat (als tussenkomende partij) en NV Prefaco bepleiten echter dat de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag als een liquidatieprocedure dient te worden beschouwd. Die liquidatieprocedure is dan een procedure die op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder bij de overdracht gericht is, in dit geval NV Echo. Bijgevolg zou de overdracht onder gerechtelijk gezag onder de uitzondering vallen die vervat zit in artikel 5, eerste lid van de Europese richtlijn 2001/23/EG: “*Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van een onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn)*”.

Samengevat argumenteren zij (i) dat het doel van de regelgeving het beslissende criterium is om uit te maken of het om een liquidatieprocedure gaat; (ii) dat de bedoelde gerechtelijke reorganisatie een “alternatief” is voor een klassiek faillissement omdat na de overname de vervreemder meestal wordt vereffend of failliet verklaard; (iii) dat de **Europese verordening 1346/2000** van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures een onderscheid maakt tussen insolventieprocedures en liquidatieprocedures, waarbij deze laatste insolventieprocedures zijn die leiden tot de liquidatie van de goederen van de schuldenaar (*in casu* de vervreemder – NV Echo); (iv) dat de bedoelde gerechtelijke reorganisatie zowel in bijlage A bij de verordening als een Belgische insolventieprocedure wordt genoemd als in de bijlage B bij een Belgische liquidatieprocedure; (v) dat de parlementaire voorbereiding van de WCO-wet tot de conclusie noopt dat de bedoelde gerechtelijke reorganisatie een liquidatieprocedure is; (vi) dat de Belgische vakbonden er van uitgaan dat de bedoelde gerechtelijke reorganisatie een liquidatieprocedure is; (vii) dat ook de Belgische juridische doctrine

dezelfde mening is toegedaan omdat er een verregaande analogie bestaat tussen de procedure van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag en het faillissement.

De werknemster verwijst daarentegen naar de tekst van artikel 59, §1, eerste lid WCO, die als volgt luidt: “*De overdracht onder gerechtelijk gezag van het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten kan door de rechtbank bevolen worden met het oog op het behoud ervan wanneer de schuldenaar ermee instemt in zijn verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie of later in de loop van de procedure*” (eigen onderlijning). Uit het vonnis van de rechtbank die de overdracht onder gerechtelijk gezag heeft bevolen, bleek bovendien dat het behoud van een deel van de onderneming van NV Echo een belangrijk oogmerk was.

Gelet op bovenstaande argumentatie, acht het Hof het onzeker of artikel 61, §4 (thans: artikel 61, §3) WCO conform is aan de Europese richtlijn 2001/23/EG.

Hogervermelde prejudiciële vraag doet ons denken aan een eerder gestelde prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie in de zaak **Estro/Smallstep** (voor een bespreking van dat arrest, zie **hier** en **hier**; merk tevens op dat we in die bijdragen reeds voorspelden dat deze vraag zou rijzen). In die zaak diende het Hof van Justitie zich uit te spreken over de verenigbaarheid van de Nederlandse *pre-pack* praktijk met voornoemde Europese richtlijn. De gelijkaardige vraag die gesteld werd, was in essentie de volgende: valt de Nederlandse *pre-pack* onder de uitzondering van artikel 5(1) van de richtlijn? Om tot een antwoord te komen, toetste het Hof aan volgende drie elementen.

*Ten eerste* ging men na of de procedure in kwestie een *faillissementsprocedure* of een *soortgelijke procedure* betrof. De Nederlandse *pre-pack* praktijk, die een faillissement van de rechtspersoon impliceert, voldeed zonder veel problemen aan die voorwaarde. Het lijkt ons dat de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag in de meeste gevallen eveneens aan die voorwaarde voldoet: na de overname wordt de vervreemder immers *meestal* vereffend of failliet verklaard. Of dat voldoende is, dienen we echter af te wachten. Bovendien zijn er een aantal abnormaliteiten. Zo bevindt de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag zich voor een “(procedure gelijkaardig aan een) liquidatieprocedure” op een vreemde plaats. Zij is immers terug te vinden in hoofdstuk 4 “*gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag*” in de Wet betreffende de Continuïteit van de Ondernemingen (eigen onderlijning). Daarnaast kunnen we de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag, in tegenstelling tot wat NV Prefaco en het Arbeidshof beweren, niet terugvinden in Bijlage B (liquidatieprocedures) van de **Europese Verordening 1346/2000**.

*Ten tweede* keek het Hof naar het *doel* van de procedure als determinerend criterium. Volgens het Hof had de *pre-pack* als doel om de onderneming, in zijn geheel dan wel gedeeltelijk, vlak na de verklaring van insolventie te herstarten. De *pre-pack* werd door het Hof bestempeld als een louter technisch faillissement. Persoonlijk zien wij weinig verschil in het doel van een *pre-pack* en een overdracht onder gerechtelijk gezag. Beide procedures liquideren (of doen iets soortgelijks), maar met als

voornaamste doel het behoud van een zo groot mogelijk deel van de onderneming (en dus niet een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers). Bij zowel Estro als Echo werd immers een groot deel van de onderneming verder gezet. Een groot deel van de werknemers werd behouden; Een kleiner deel ontslagen. Daarbij kunnen we echter wel opmerken dat, hoewel het Hof in de zaak Estro/Smallstep duidelijk een andere mening was toegedaan, nergens in de *letterlijke* bewoordingen van artikel 5, eerste lid van de richtlijn vermeld staat dat men naast een liquidatieoogmerk geen ander (belangrijker) oogmerk mag nastreven.

*Ten derde* kijkt men naar de *vorm* van de procedure. Het Hof achtte de vorm van een *pre-pack* anders dan die van een faillissementsprocedure. De beoogd curator in een *pre-pack* heeft volgens het Hof minder invloed op de zaak dan een curator in een gewone faillissementsprocedure. Een belangrijke factor was hier dat de Nederlandse wetgeving (nog) niet formeel bepaalde dat een beoogd curator moest worden aangesteld bij de *pre-pack*. Er was immers nog geen wetgeving m.b.t. de Nederlandse *pre-pack* praktijk. In eerdere bijdragen hebben we er nochtans op gewezen dat die voorwaarde o.i. ook een probleem zou vormen voor het (**recent ingetrokken**) wetsontwerp m.b.t. het Belgisch stil faillissement, dat wel in de aanstelling van een beoogd curator voorzag (zie **hier** en **hier**). Bijgevolg rijst in onderhavige zaak de vraag of het Hof de rol van de (in de wet voorziene) gerechtsmandatarissen bij een overdracht onder gerechtelijk gezag als evenwaardig zal beoordelen als die van een curator bij een regulier faillissement.

Concluderend kunnen we stellen dat indien het Hof haar redenering in Estro/Smallstep volgt, het er niet zo rooskleurig uitziet voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, en in het bijzonder voor artikel 61, §3 WCO. Het behoeft geen uitleg dat indien alle werknemers bij een overdracht onder gerechtelijk gezag zouden moeten worden overgenomen door de overnemer, de procedure aanzienlijk aan slaagkracht zou inboeten. Het zwaard van Damocles hangt m.a.w. boven de insolventieprocedures zoals we ze kennen. Of de werknemers als groep van een neervallend zwaard beter zouden worden, is dan maar de vraag.

**Frederik De Leo**  
Doctoraatsbursaal

Instituut voor Handels- en Insolventierecht (KU Leuven)